

論
説

構成要件の段階的充足と故意の帰属（一）

金
澤
真
理

目次

一 はじめに

二 未遂の故意と既遂の故意

三 行為の発展段階過程と未遂犯

1 日本の未遂犯規定の変遷

2 諸外国の未遂規定

3 学説の形成

4 検討

（以上本号）

四 構成要件とその充足

五 結果発生の可能性の認識

構成要件の段階的充足と故意の帰属（一）——金澤

一 予備・未遂

人間の行為及びその効果は一定の段階を踏んで現れるものと解されている。犯罪論においては、これが通常、予備、未遂、既遂と段階的に発展していくものとされている。犯罪の発展段階を時系列において捉えるならば、予備、未遂、既遂は並行して存在するものではなく、段階を経ることに予備、未遂、さらに既遂へ変移し、犯罪論上三重の評価を受けるものではない。例えば、犯罪が既遂に達すれば、それ以前の行為による未遂はこれに吸収され、未遂が成立していることに変わりはなくとも、罪数論上もはや未遂は独立した意味をもたなくなるが、これは刑法が、原則として、犯罪の完成形態たる既遂を処罰し、特定の場合に限りその前段階の行為にまで処罰を拡張していることによる。^①このように、予備、未遂及び既遂なる概念の前提には、犯罪事象の時系列的観察のみならず、特定の犯罪の完成形態を措定し、その実現に向けられた行為についての、統一的な視角からの考察がなければならない。ローマ法は、未遂の一般概念を知らなかった、或いは少なくとも法制上既遂と未遂とが概念的に区別されてはいなかった。^②当時、立法において散見されたのは、殺人罪やわいせつ罪等の個別の犯罪において、武器を取り出した^③り、身体に接触したりするような段階で個別の贖罪金を科する規定であった。^④既遂犯とは区分された一般的な未遂犯概念の成立には、後の、後期註釈学者の研究を待たねばならなかった。

犯罪を段階的に考察するためには、行為を行為者の抱く意図・目的及び外界に現れた事象の両観点から分析することが肝要である。行為者の意図した結果が生じ、犯罪が完全に達成される場合が既遂であるのに対して、未遂においては、行為の効果に関する行為者の表象と実際に生じた事象との間に齟齬が生じている。結果を発生させるべ

く実行に着手したにも拘らず、行為者の表象と相違して、当該結果が客観的には発生しなかった場合が未遂の典型的事例である。かかる観点から、従来、未遂論においては、行為の主観的側面と客観的側面との関係に焦点を合わせた議論がなされてきた。⁽⁵⁾尤も、両側面間の齟齬すべてが、未遂か既遂かの評価に関わるわけではなく、むしろ主観面と客観面との不一致は錯誤の問題とされることが少なくない。

未遂と錯誤の関係については、かつて次のような整理がなされた。即ち、構成要件に該当する行為が、志向する因果の流れから外れて初期の目的を遂げずに終わった場合に、当該行為自体に結果発生の蓋然性があつたか否かを事前の立場で判断するのが未遂論の中心課題であるのに対して、錯誤論では、因果の流れが外れることなく目的の線に沿って進展し、しかも、目的とする不法結果とは違った意外な法益侵害を惹起したとき、事後の立場から当該行為が構成要件を充足したと評価すべきか否かを問題にするのである、と。⁽⁶⁾前者においては、構成要件に規定された結果がそもそも発生するか否かが問題となるのに対して、後者においては、構成要件の内部で行為者の予想に反する齟齬が生じたかどうかが問題となる。このように、未遂と既遂との相違は、単なる主観面と客観面との不一致にとどまるのではなく、また、単に時間的先後関係によって区分されるのではなく、構成要件が完全に充足されたか否かを標準として決せられる。既遂犯を本則としている各則の構成要件が完全に充足された場合を既遂と呼ぶのに対し、かかる構成要件を完全には充足しない場合には、未遂が成立するに過ぎない。伝統的な理解によれば、結果犯については、実行行為に因って構成要件の結果を生じることによって、はじめて構成要件が充足されると解されている。⁽⁷⁾ただし、構成要件が完全に充足されたか否かは、ただ単に構成要件要素が形式的に揃っているかどうかのみならず、個別の犯罪の処罰根拠に照らして、具体的な行為が、構成要件が予定する一定の法益侵害・危殆化構造を有しているか否かにより判断されなければならないことに注意しなければならない。固より、未遂におい

ても、一定の法益侵害・危殆化構造の有無が問われなければならないが、それが構成要件の観点から独自の意義をもつか否かが検討されねばならない。⁽⁸⁾ここに、未遂と既遂との構成要件的構造の相違を問う契機がある。

既遂構成要件との関係で未遂が如何に位置づけられるかは、必ずしも一義的ではない。刑法各本条の規定より明らかのように、既遂犯の処罰が本則であるのに対し、未遂及び予備においてはその処罰が拡張されている。これに対して、小野博士は、構成要件の充足をもって、犯罪の一般的概念要素と位置づける一方、未遂犯においては、それが修正された形式において充足される、即ち、未遂の処罰を定める日本の刑法第四三条により、各本条が独立して構成要件を修正することにより成立する観念形象が、「特別」構成要件であるとして、未遂犯及び共犯を構成要件の修正形式であると説いた。⁽⁹⁾これを承けて、団藤博士も、構成要件に該当する事実はあるが、充足に至らない未遂を、法律が罰する規定を置いているのは、「一つの構成要件を規定するものにほかならない」とし、本来の構成要件を基本としつつも、未遂のような場合を、構成要件の修正形式と称した。⁽¹⁰⁾さらに、平野博士は、「修正」という文言を用いると、誤解が生じるおそれがあるとして、これを「拡張された構成要件」と呼んだ。⁽¹¹⁾現在、未遂犯を処罰拡張事由と解するか、構成要件の修正形式と解するかは大きな争点ではない。いずれにせよ、未遂は各則の構成要件と関連づけられて初めて意味をもつのである。しかし、未遂の「構成要件」が存在するならば、それは如何なる意義を有するのか、あるいはまた、未遂の処罰範囲が如何なる論理に基づいて、どの程度拡張されるのか、またそれが許されるのかは、なお説明されるべき問いである。これらの問題にとりくむために、犯罪の発展段階に即した行為の構成要件的構造を再検討することには意義がある。

未遂と既遂との関係については、一個の同一の意思が事象の推移を通じて存在し、後者に対して前者は単に結果を欠くに過ぎないというような、単純な捉え方が常にできるわけではない。この点につき、犯罪の発展段階に即し

て行為を見ると、犯罪の結果を目指した意思を出発点として、未遂はその目的を達成せず結果を欠いた場合であるから、未遂と既遂とが異なるのは専らその客観面においてであり、主観面においては異なるところがないとする理解が支配的であるように思われる。確かに、未遂の成否において問題となるのは、既遂の結果に対する認識、意欲であり、その点で既遂の故意と変わりが無い。しかし、経験的事実に照らして、犯罪の実行に着手する際の結果に対する認識、意欲が、事態の経過に応じて変転することは少なくないうえ、理論的にも、行為の発展段階に即して、どの程度の内容、具体性を帯びた行為者の認識、意欲が必要であるのかを分析しなければならぬ。そこで、この問題が直截に問われる「早まった結果発生」をめぐる議論を概観することで、行為者の認識、意欲の具体性の程度が、どのような局面で問われるか、整理してみよう。なお、以下の考察では、「実行行為」を構成要件に該当する行為の意味で用いる。

(1) それ故、日本の刑法典における未遂規定上の「これを遂げなかった」という文言は、確かに未遂犯の処罰を基礎づける要素ではないが、既遂犯としては処罰されないこと、換言すれば、処罰を未遂に限定する機能を有する。拙著・中止未遂の本質(二〇〇六年)八六頁。なお佐伯仁志「未遂犯論」法教三〇四号(二〇〇六年)一二二頁、注(一)参照。

(2) Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Teil, 1839, S.217; J. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, S.3; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1930, I. Bd. S.47; 2. Bd. S.392. u. a.

(3) 一般的な未遂犯概念の生成過程については、野村稔・未遂犯の研究(一九八四年)三頁以下参照。また、ローマ法に遡る、未遂犯及び中止犯規定の変遷に関する浩瀚な研究として、野澤充「中止犯論の歴史的展開(四)、(五・巻)」立命館法学二八八号一四八頁以下、二九一号(二〇〇三年)一二三頁以下。

(4) Georg Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931, S.186 ff. ダームは、特に一四世紀イタリア諸都市の刑法を素材に、既遂犯の前段階にある未遂犯それ自体を特別の処罰対象とする規定、さらには超過的な内心の意図が行為に現れている場合を処罰する規定を検討し、未遂にあたる行為が処罰されているが、一般的な未遂の規定は欠けていたと述

べる。

(5) ケストリンは、未遂においては、客観面が意思に含まれた範囲にまで及んでおらず、その真の意義は、意思を媒介にすることによってのみ明らかにされるとい意味で、客観的側面が主観的性の不完全な現象を示していると捉え、不能犯を錯誤論との関連で論じたが、行為者の主観と客観的な事実との不一致という点では、両者は共通しているのである。Christian Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S.339; S.356. Vgl. ders., System des deutschen Strafrechts, 1855, S.214.

(6) 正田満二郎「未遂・錯誤・共犯(3)」判例時報一一八一号（一九八六年）三頁。なお、井田良「故意における客体の特定及び『個数』の特定に関する一考察(二)」法學研究五八巻九号（一九八五年）三九頁以下も参照。

(7) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論（一九五三年）二五二頁は、ベールリンク及びマイヤーの構成要件論を吟味し、構成要件の該当性と充足性とを峻別すべきではないかとの疑問を抱き、構成要件の完全なる該当（充足）をもって、法律効果たる可罰性が発生すると説いた。

(8) 法益保護の早期化、抽象化が問題となる抽象的危険犯の処罰根拠について、法命題の正当化のみならず、具体的な法適用における個々具体的な構成要件該当行為に関する正当化の確認を通して、構成要件該当行為と法益との無価値な連関が実体的に確認されることを要するとの主張（北野通世「規範的危険概念への道程」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（二〇〇二年）、同「法益論の現代的課題(二)」山形大学法政論叢三五号（二〇〇六年）一八頁以下）は、未遂犯においても当て嵌まる。

(9) 小野・前掲二五二頁以下。

(10) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版）（一九九〇年）三五〇頁以下。

(11) 平野龍一・刑法総論（一九七五年）三〇七頁。

二 未遂の故意と既遂の故意

ところで、日本の未遂規定によれば、予備の段階を超えて未遂とされるには、行為者が実行に着手することが必

要である。実行の着手時期は、基本的に各則に定められた構成要件該当行為を基準として判断される。伝統的な学説は、実行の着手時期を未遂の開始時期と同一のものと捉え、構成要件に該当する行為又はその一部の開始時期を求める。ただし、実行の着手を厳密に構成要件該当行為の開始と一致させることを求める旧来の形式的客観説は、未遂犯の成立時期が遅くなりすぎるとの批判を浴び、既遂結果惹起の危険性ある行為の開始をもって着手と解する実質的客観説が支持を集めている。判例も、構成要件に該当する行為に加えてそれに密接する行為の開始に実行の着手時期を見出している。特に、複数の行為によって目的を達成しようとの計画があった場合においては、「一連の行為を広く統一的に觀察し」て、最終目的たる行為の前段階であっても、「行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては」、結果そのものとの密接不可分性があるとの理由から、実行の着手を肯定した判例が現れた。^①判例の動向から看取されるのは、結果発生の危険の存否を慎重に考慮しつつも、構成要件該当行為との密接関連性を媒介として、実行の着手時期の実質化により、着手時期を早期に認めようとする姿勢である。^②右の傾向に対しては、実行の着手時期が一義的に判断できないのではないかとの疑念も呈されているが、かかる行為が真に実質的に構成要件の予定する法益を危殆化するものであるかも問われなければならない。また、構成要件に該当する行為若しくは密接関連行為が開始された以上、生じた結果との間に因果関係が認められる限り既遂の罪責が肯定されるかが問題となる。例えば、犯罪計画上複数の行為により一個の犯罪が予定されている場合、その一部から構成要件該当結果が生じれば、犯罪は既遂に達するか否か、またそれが如何に根拠づけられるかには、なお争いがある。

特に、その問題性が顕わになるのは、複数の行為が行われ、そのうちの一つの行為から結果が発生したが、それ**が必ずしも行為者の意図した経緯をたどらなかったときである**。その典型的事例が、いわゆる「早まった結果発生」

の場合である。「早まった結果発生」の問題は、ドイツでの議論を承けて、最近日本でも盛んに論じられている。例えば、行為者が、第一行為及びそれに続く第二行為によって結果を発生させるつもりで行為したにも拘らず、予期に反して第一行為によって既に結果が生じてしまった場合に、そもそも最初の行為に実行の着手を認めることができるかどうかも一個の問題であるが、既に第一行為によって生じた結果について既遂の故意を認めることができるか否かが主たる論点となる。

この点について、二〇〇四年、最高裁判所が初めて判断を下した。即ち、第一行為が第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠であり、それ以降の計画を遂行する上で障碍となるような特段の事情がなかった等の事実関係のもとでは、第一行為の開始時点で実行の着手があったこと、一連の行為に着手して、その目的を遂げた場合には、たとえ行為者の認識と異なり、早期に結果が発生したとしても、故意に欠けることはないとして、クロロホルムの吸引により失神させた被害者を自動車ごと海中に落として溺死させようとしたが、既にクロロホルムの吸引の時点で被害者は死亡していた可能性があった事例につき、殺人罪の既遂の罪責を認めたのである。⁽⁵⁾

最高裁の判断は、第一行為に実行の着手を認めたうえで、そこから構成要件に該当する結果が生じている以上、当然に既遂の罪責が認められるという、従来の下級審判例の用いた論理を踏襲したものである。⁽⁶⁾ この結論を支持する見解も少なくないが、他方で後述のように、これに疑念を示す見解も散見される。就中、旧くから因果関係の錯誤の一例として論じられてきたこの問いに対して、構成要件に該当する行為、結果、及び故意の相互の関係をも踏まえて新たな角度から検討が加えられていることは注目し値する。そこで、まず、「早まった結果発生」をめぐる論点を整理しておく。

判例及び多数説は、第一行為及び第二行為が一体として捉えられる一個の行為であることを前提として、第一行

為の時点で既に実行の着手があるならば、実行行為と結果との間に因果関係が認められる限り、故意既遂犯が成立すると主張する。この見解の背後には、既遂犯と未遂犯との構造的差異は、結果の発生の有無のみにあり、それ以外の点においては、相違がないという理解がある。とりわけ、既遂の故意と未遂の故意には、選ぶところがない。即ち、未遂における故意は、犯罪の構成要件に該当する結果を実現する意思にほかならず、当初から犯罪を未完成に終わらせる意思であれば、未遂にもならないからであるとの理解である。

それに対して、故意の既遂犯の成立を否定しようとする見解は、以下のように区分される。

① 因果関係の錯誤の問題と捉えつつ、重要な齟齬の場合には、故意責任を否定する見解

故意犯の罪責を認めるためには、実行行為性の認識が必要であるが、事実が計画から大幅にずれた場合には、「結果の故意への帰属」を認めるべきではないとする主張である。^⑧「早まった結果発生」を因果関係の錯誤のバリエーションの一つである、「ウェーバーの概括的故意」とは事態の展開過程が逆になったパターンと解し、行為と結果との間の相当因果関係が肯定されても、その結果に対し故意があるのか過失があるのかは、別の検討を要するとして、因果関係の錯誤無用論に対抗するものである。

② 既遂の故意と未遂の故意とを区分する見解

支配的な見解とは異なり、既遂犯の構成要件と未遂犯の構成要件との区別を前提として、発生した結果を故意に既遂に帰属するためには、事象を手放すという認識が必要であり、いわゆる「早まった結果発生」の場合には、かかる認識が欠けるとするものである。^⑨

③ いわゆる「遡及禁止論」を用いた理論構成

結果についての故意を有する第二行為を留保して行われた第一行為者には、故意を認めないとする見解である。^⑩

立論においては、②の見解の一つのバリエーションと解し得るが、本説の主張の重点は、実行の着手時点が、既に構成要件の結果を直接惹起する行為への着手以前へと拡張されている現状を踏まえ、既遂の故意を、拡張された(それ自体は結果を惹起しない)実行行為を遂行する意思と解すべきでないと説くことにある。さもないと、構成要件の結果が客観的処罰条件と化してしまう虞があるからである。

④規範の動機づけが犯罪の発展段階に応じて異なるとする見解

行為規範との関係では、「未遂犯として評価されるべき危険は認識してはいるが、まだその行為を中止するだけで既遂を阻止できる場合には、当該行為の中止を動機づけるが、すでに既遂結果発生に十分な危険を實現したときは、既遂結果発生阻止する行為を動機づける」として、行為者が既遂結果発生にいたった危険を認識していなければ既遂犯として責任非難が十分になされないとする見解である。⁽¹¹⁾

⑤第一行為の際には予備の故意しかないとする見解

既遂の故意を認めないとする立場であっても、既遂の実行行為と未遂の実行行為とが異なると解する見解に対しては、強姦のためダンブカーに引きずり込んだ事案を例に、「強姦致傷の成否についてのみ強姦の実行の着手を認め、強姦については既遂直前の暴行に実行の着手を認めることになりそうである」として疑問が呈されている。そこで、未遂と既遂では実行行為に相違はないが、第一行為においては、予備の故意しかないので、故意既遂犯の成立が認められないとする見解も主張されている。⁽¹²⁾

以上の見解の特徴は、第一行為の時点ではまだ具体的な結果発生への認識がないことを根拠に既遂の罪責を否定することである。故意既遂犯としての罪責を肯定するか否かは、結局、まず、一連の行為をどの単位で実行行為と捉えるか、次いで既遂の故意として、その内容及び具体性の程度をどこまで要求するかの問題に帰着するように思

われる。ただし、既遂の故意の具体性の程度を問題とする場合には、「構成要件の故意とは、個々の身体の運動を支配する個別の意思ではなく、全体としての実行行為を支配し、事象を形成していく実現意思である⁽¹⁹⁾」とするとの批判が浴びせられている。

他方、井田教授は、実行行為性の判断において要求される故意の内容と故意既遂犯の成否の判断において問題となる発生結果についての故意の内容とは異なるとの前提の下で、「基準となる結果実現意思はいささかも抽象化されずに、まさに具体的に把握されなければならない」とする。

結局、既遂の故意と未遂の故意とは異ならないとして、「早まった結果発生」の場合にも既遂犯の成立を認めるか、それとも既遂犯の罪責を否定するかをめぐる見解の対立には、前者が「行為者が法益危殆化状況に直面しつつ法益侵害へ向かう因果経過を故意的に設定し、行為者にそのような因果経過を掌中に収めて結果を実現して行く意思があれば、その段階から結果が発生しても故意既遂犯を認め得るとする見解」であるのに対し、後者は、行為者が「因果経過を手放して自然の事象経過に委ねた後に結果が生じたのでなければ故意既遂犯は認められないとするもの」と整理されるように⁽²⁰⁾、結果実現意としての故意をどの程度抽象化することが許されるかに関する理解の相違が反映しているものと言えよう。

惟うに、故意は、構成要件に該当する事実の認識予見を含み、構成要件に該当する違法な行為に対して、刑法的非難を基礎づける責任要素として機能すべきものであるから、既遂の故意を肯定するためには、構成要件に該当する個別の事実に対する特定性が必要であることは言うまでもない。それでは、構成要件の充足に必要な既遂の故意に要求される具体化の程度は如何なるものか。その説明には、錯誤論において試みられた故意の分析に加えて、犯罪の発展段階に即して構成要件が如何なる変更を受けるのか、或いは受けないのか、さらには、かかる構成要件が

充足され、故意への帰属が認められるのは如何なる場合であるかの考察が不可欠である。

この点につき、「早まった結果発生」の問題に関して、構成要件的構造に照らして既遂の故意と未遂の故意との相違を論じる見解の立論に焦点を合わせてみよう。未遂犯の構成要件と既遂犯の構成要件とを比較して、未遂犯の構成要件は、法益侵害がないという点において既遂犯のそれと異なるのみならず、構成要件該当行為においても相違があり、実行の着手があっても、既遂犯の構成要件はまだ充足されていないと説くのが林教授である。同教授は、構成要件該当事実の認識たる故意は、結果を発生させるために、もはやそれ以上別の行為を行う必要がないとの認識が必要であると解するのである。⁽¹⁵⁾

同教授は、未遂犯における、いわゆる実行未遂と着手未遂との区別を踏まえて、「実行未遂の時点での意思をもって既遂犯の故意となしうることはいうまでもないが、着手未遂の場合、本来の既遂構成要件が修正・拡張されているので、その該当事実の認識をもってしては、既遂犯の故意としては十分でない」としたうえで、仮に第二行為を任意に中止したり、第三者に邪魔されて行い得なかったものの、第一行為によって結果が発生した場合に既遂の故意を認めることに疑問を呈するのである。

ところで、この立論については、かつてヴォルターが、未終了未遂と終了未遂との不法及び責任の相違を出発点として、既遂の故意として、未遂終了の故意、即ち、既遂のために必要なことをすべて行ったとする認識を必要とする主張していたことが想起される。⁽¹⁶⁾ 固より、日本の刑法は、未終了未遂と終了未遂とを規定上区別しておらず、中止未遂論においても、中止行為の態様を必ずしも未遂の終了時期から直接導き出さなくてもよいとする理解が有力化しつつある状況を踏まえれば、中止未遂論の類推からただちに、ヴォルターが主張するような、既遂の故意としての終了の故意の必要性を根拠づけることはできない。⁽¹⁷⁾

ただし、ヴォルターをはじめとするドイツの論者が、未遂の終了時期に着目している背景には、ドイツの中止未遂論においては、行為者の行為計画を基準として構成要件に該当する行為が終了すると解する行為計画説がかつて支配的であり、現在も通説たる全体的考察説にその影響が及んでいること、それ故、犯罪の発展段階に応じて不法責任が変化することを前提として、行為者の行為計画がその変化に直接関わると主張される土壌があることを看過してはならない。複数の行為により、犯罪が行われようとする場合に、それらが真に一連の行為と言い得るのか、未終了未遂、終了未遂の区別は構成要件と如何なる関係に立つのか、未遂と既遂とを構成要件上区別する場合には、これらの問いを避けて通ることはできない。それと同時に問題としなければならないのは、「故意」と称されるもののうち、如何なる要素が犯罪の段階的發展に依じて必要とされるかである。

さらに問わなければならないのは、「既遂犯＝未遂犯＋構成要件の結果」という図式的理解が妥当か否かである。この点につき、「早まった結果発生」の場合、まず、故意既遂犯の処罰根拠を問うべきであるとする鈴木教授は、未遂犯の成立＝実行行為の成立＝結果が発生すれば既遂犯成立、という形式的な理解に疑問を呈する。同教授は、翻って未遂犯＝既遂犯マイナス結果＝実行行為という図式から、未遂犯の意義が既遂犯の実行行為に限定され、着手未遂という領域が看過されたのではないかと疑問を投げかけるのである。¹⁸⁾

鈴木教授の問題意識には共感すべきものが含まれているが、それでは、中止未遂論において、中止行為を論定する基準として用いられていた実行行為の終了時期が、既遂の故意を論定する基準としても機能し得るのか、未終了未遂、終了未遂をも含んだ犯罪の発展段階に応じた動態的構造をも再検討すべきであろう。かくして、既遂の故意と未遂の故意との相違を、構成要件を基軸に分析し、しかる後に個別の解釈問題を検討するという、本稿の課題が明らかになった。

この検討に先立ち、未遂に関する法規定を、比較法的視座から概観しておこう。就中、主観的未遂論を採るドイツ刑法においても、何故日本と類似した議論状況が看取されるのかを考慮に入れて比較的に検討しなければならぬ。そこで、まず、日本における未遂の概念規定の変遷と諸外国の立法を見よう。

（１） 名古屋地判昭和四四・六・二五判時五八九号九五頁。他方、密接不可分性がないとして、着手が否定された事例として、大阪地判昭和五七・四・六判タ四七七号二二二頁。

（２） 窃盗未遂につき、目的物の方へ行きかけた時点で着手を認めた事例として、大判昭和九・一〇・一九刑集一三卷一四七三頁、最判昭和二三・四・一七刑集二卷四号三九九頁等。強姦未遂につき、自動車へ引きずり込もうとする時点で着手を認めた事例として、最決昭和四五・七・二八刑集二四卷七号五八五頁、名古屋高金沢支判昭和四六・一二・二三刑裁月報三卷一二号一六二三頁等。ただし、類似の事案につき、大阪地判平成一五・四・一一判タ一一二六号二八四頁は、被告人の暴行によって、強姦に至る一定程度の客観的危険性が生じていたことは否定できないとしながらも、被告人が独力で、抵抗する被害者を車内に連れ込むことは困難であったところ、共犯者らは、自動車に連れ込むことについては、全く協力する気がなかったことに加えて、被害者を車内に連れ込んだ上、自動車を人目につかない場所に移動させて、車内等で同女を強姦するためにも、或いは被害者を自動車に連れ込むにしても、共犯者らが協力をしなければ、そのスペースの確保も容易ではないにも拘らず、確実に共犯者らの協力が得られる見込みがあったとは考え難いこと、さらには、被告人は被害者を自動車に連れ込もうとして同女の腕等をつかんで自動車付近まで引っ張るなどし、さらに、顔を一、二回殴打する等の暴行を加えているものの、被害者の抵抗を封じめるためにそれ以上の暴行を加えることはなかったこと等を被害者が強姦される危険性の程度の判断において消極方向で考慮すべき事情であるとする。そのうえで、被告人の強姦の犯意についても強いとまではいえないとして、「暴行又は脅迫を用いて姦淫した」といって得るだけの姦淫の結果への直接的危険性があったとまでは評価することができないと結論した。

（３） 実行の着手の判断規準として、危険化を採用すると、予備段階の行為も未遂として可罰的とされてしまうという正当な指摘を既に塩見淳「実行の着手について」法学論叢一二二卷二号（一九八七年）四頁がしていた。他方、実質的な基準を採る説も、結果発生の切迫した危険をもつ行為というだけでは不十分であり、形式的基準と実質的基準とは相互補完的であることを強調している（山口厚・刑法総論（第二版）（二〇〇七年）二六九頁、井田・刑法総論の理論構造（二〇〇五年）二五三頁）。

(4) なお、「早まった結果発生」の問題は、そもそも第一行為に実行の着手があることを前提とするにも拘らず、第一行為に着手が認められる場合といまだ予備行為である場合とが、従来の学説では明確に区分して論じられてきたわけではなかった点については、山中・前掲一一八頁以下の指摘が当たろう。

(5) 最決平成一六・三・二二刑集五八巻三号一八七頁。接近する複数の行為において故意の存否が問題となる事例として、行為者が被害者を殺意をもって出刃包丁で数回突き刺した後、被害者がベランダの手すりづたいに逃亡をはかったので、これを掴まえようとしたところ、これを振り払おうとした被害者がベランダから墜落して死亡したという事案（東京高判平成一三・二・二〇判時一七五六号一五二頁）、シャクティ治療と称する独自の治療で信奉者を集めていた被告人が、脳内出血で入院した信奉者である被害者の治療をその家族から依頼され、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を必要とする重篤な状態である被害者を病院から運び出させ、必要な医療措置を受けさせないまま放置して死亡させた事案（最決平成一七・七・四刑集五九巻六号四〇三頁）が挙げられるが、前者は第一行為から直接に結果が生じたわけではなく、むしろ行為者の行為後、行為者及び被害者の行為が介在したと見る余地があり、また後者は、病院から運び出させた行為に続く未必の故意による不作為犯が問題となり、「早まった結果発生」の典型的事例たる本件とは、事案を異にする。

ドイツの判例は、「早まった結果発生」の事例において、実行の着手に至っていたことを前提として、実際に生じた因果経過と行為者の表象上の因果経過との齟齬が本質的なものであるかを基準として、本質的な齟齬がない場合には、故意を阻却しないとの判示を繰り返している（RG DStR 1933, 177; BGH GA 1955, 124; BGH NStZ 2002, 309; BGH NStZ 2002, 475）。事案及び判旨については、西村・前掲一九九頁以下、石井・二頁以下、山中・前掲一〇三頁以下、佐藤・前掲三三〇頁以下等参照。

(6) 必ずしも複数の行為が問題となっているのではないが、放火罪に関して、料理店に放火しようとしてガソリンを撒布したところ、既に店内にあった火気がガソリンの蒸気に引火した事案につき、既遂の成立を認めた静岡地判昭和三九・九・一一下刑集六巻九一〇号一〇〇五頁、焼身自殺をはかろうと室内にガソリンを撒布した行為者が、最後の服をしようと煙草に点火したところ、ガソリンの蒸気に引火した事案につき、既遂の成立を認めた横浜地判昭和五八・七・二〇判時一一〇八号一三八頁等がある。

(7) 小川新二「判例解説」研修六七三号（二〇〇四年）一二頁以下（一五頁）、奥村正雄「殺人罪の実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現」判例セレクト04（二〇〇四年）三一頁、佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学研究六三号（二〇〇四年）二二五頁以下（二四六頁以下）、前田雅英「演習」法教二八八号（二〇〇四年）一一四頁以下、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」『板倉宏博士古稀祝賀論文集現代社会型犯罪の諸問題』（二〇〇四年）九七頁以下

（二二五頁以下）、佐久間修「実行行為と故意の概念」法曹時報五七卷二二号（二〇〇五年）一頁以下（二二、二二〇頁以下）、福田平「『早すぎた構成要件の実現』について」判タ一一七七号（二〇〇五年）一二四頁以下、安田拓人「実行の着手と早すぎた結果発生」平成二六年度重要判例解説（二〇〇五年）一五七頁以下、川端博「早すぎた構成要件の実現」研修六八八号（二〇〇五年）三頁以下、日高義博「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロージャーナル二二号（二〇〇六年）一二三頁以下（一二八頁以下）、原口伸夫「実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現」法学新報一一三卷三・四号（二〇〇七年）六〇三頁以下（六三二頁以下）、板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究二二号（二〇〇七年）一頁以下、平木正洋「最高裁判所判例解説」法曹時報五九卷六号（二〇〇七年）一六〇頁以下等。なお、立論について批判するものの、結論自体を支持するものとして、橋爪隆「殺人罪の実行の着手と早すぎた構成要件実現における殺人既遂の成否」ジュリ一三二二号（二〇〇六年）二三四頁以下（二三八頁）。

（８） 松宮孝明・刑法総論講義（第三版）（二〇〇四年）二〇二、二二五頁、井田・刑法総論九四頁。

（９） 町野朔「因果関係と錯誤理論」北海学園大学法学研究二九卷一号（一九九三年）二一五頁以下（二三〇頁）、宮川基「条件付故意について（二・完）」法学六三卷四号（一九九九年）七〇頁以下、林幹人「早すぎた結果の発生」判例時報一八六九号（二〇〇四年）三頁以下、西村秀二「『早まった結果惹起』について」富山大学経済学論集四六卷三号（二〇〇〇年）一一五頁以下等。他方、未遂犯の構成要件においては、結果の不発生という客観的側面のみならず、それに応じて主観的側面においても修正を受けるとしたうえで、処罰拡張事由としての未遂犯においては、結果発生の認識のみならず、その結果が自己の行為の作用として、危険が実現する認識を要すると解するのが高橋則夫「『早すぎた構成要件実現』の一考察」早稲田法学八〇巻四号（二〇〇五年）一頁以下（一二三頁）である。高橋教授は、ルシユカの説に示唆を受けて、所為決意と故意とは異なるとの出発点から、実行行為と右に挙げた意味での故意が同時存在しなければならないとする。高橋「犯罪論における同時存在原則とその例外」『佐々木史朗先生喜寿祝賀刑事法の理論と実践』（二〇〇二年）四七頁以下参照。

（10） 山口厚・新判例から見た刑法（二〇〇六年）八九頁。同・刑法総論（補訂版）（二〇〇五年）では、「因果経過が行為者の事前の予見どおりに推移した場合には、第二の故意行為と結果との間には構成要件該当性を肯定しうるが、それ以前の第一行為と結果との間には、遡及禁止により、構成要件該当性を肯定することはできない」とするが、その後の記述（同・新判例から見た刑法八九頁、特に注（19）参照）及び刑法総論（第二版）（二〇〇七年）二二六頁では、「遡及禁止」の語が用いられていない。なお、曾根教授は、遡及禁止論を批判しつつ、「早まった結果発生」の事案については、山口教授と同様に、第二行為を予定した第一行為につき故意を認めることができないと主張する（曾根威彦「遡及禁止論と客観的帰属」『板倉宏博士古稀祝賀論

文集現代社会型犯罪の諸問題』(二〇〇四年)一五二頁。

(11) 石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌一五卷一・二号(二〇〇二年)三四頁以下。なお、引用箇所について、「中止するだけで」は、不作為態様の中止のみを指しているのか、判然としない。批判として、山中・前掲一二二頁以下。

(12) 浅田和茂・刑法総論補正版(二〇〇七年)三七七頁。

(13) 板倉・前掲九頁以下。

(14) 佐藤・前掲二四七頁。

(15) 林・判時一八六九号六頁。

(16) Jürgen Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld. Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“, Festschrift für Heinz Lefrenz, 1983, S.545 ff. 訳とつづ、葛原力三「ユルゲン・ヴォルター『既遂故意及び既遂責任なき故意既遂』」関西大学法学ジャーナル四二号(一九八五年)二五頁以下。

(17) 佐藤・前掲二四一頁。

(18) 鈴木左斗志「方法の錯誤について——故意犯における主観的結果帰責の構造——」金沢法学三七卷一号(一九九五年)九四頁。なお、「早まった結果発生」の事例に関しては、第二行為を予定した第一行為で既に結果が発生する典型的事例では、「自分の行為が処罰に値するような『結果に対する寄与度(影響力の大きさ)』をもつことになる」ということを認識・予見していなければ、故意は認められないとして、故意既遂犯の成立を否定する(同「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察——」学習院大学法学会雑誌三八卷一号(二〇〇二年)二九六頁)。

三 行為の発展段階過程と未遂犯

1 日本の未遂犯規定の変遷

未遂とは既遂に達しない場合であるから、未遂の概念は必然的に既遂との関係で規定される。他方で、未遂概念

は、原則として処罰されない予備段階との区別のメルクマールを含んでいなければならない。固より行為を外形的に把握することで、処罰に値する未遂行為をカズイスティッシュにとりあげることはできるが、犯罪の発展段階に鑑みて類型的に整理することによって初めて、未遂の一般的な像が明らかにされるのである。ここに未遂の概念が登場する契機が存する。歴史的には、既遂と未遂とを連結する要素たる故意を基準として、行為者によって意図され、目指された犯罪が達成された完成形態たる既遂と達成されない不完全形態たる未遂とが対比されてきた^①。しかし、犯罪の実現過程を客観的に考察するとき、単に故意に応じた結果が生じていないのではなく、客観的要素たる実行の着手もまた未遂の要素として要請されてきたことにも注意しなければならない。

ヨーロッパ大陸における一般的未遂概念を規定において明確に示したのは、一五〇七年のバンベルゲンシス及び一五三二年のカロリナ刑法典である。両規定は、若干文言を異にするものの、悪しき意思に加えて、犯罪の完成に役立つ何らかの外部的行為をもつて犯罪を行うこと及びそれが他の事情のため意思に反して妨げられることによって未遂の概念を表した^②。既に、ここに犯罪の完成に役立つ外部的な企行（agere）が未遂の要素とされていたことが窺われる。

未遂の可罰性を如何に把握するかについては、例えば、そもそも結果が発生しない不能犯の可罰性をめぐって、行為者自身を指標として、構成要件に該当する行為を行ったと考えたときに既に処罰を正当化する主観的未遂論、行為者の行動が法益の侵害・危殆化に資するものかを基準とする客観的未遂論に大分される。規定の文言を手がかりとするだけで如何なる未遂論が採用されているかが明確になるわけではないが、未遂が既遂との関係でどのようなに記述され、如何なる場合に処罰されるかを比較的に概観することは有用であろう。

日本の刑法典は、既遂犯について何ら一般の規定をもたず、第四三条本文において、未遂犯が裁量的に減輕され

ることを極めて簡潔に規定するに過ぎない。刑法各本条の形式から明らかなように、既遂犯処罰が本則だからである。現行刑法典上、未遂概念は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合と規定されている。

総則中に、未遂の一般的な概念規定が初めて設けられるようになったのは、一八七六（明治九）年に編纂された日本帝国刑法初案においてである。^③その編纂過程においては、未遂の意義につき、「設備ノミニテ未タ着手ニ至ラスト雖モ罪状顯然タル者」、「既ニ着手シテ未タ公益ノ害トナラサル者」及び「設備ノミハ未遂犯罪トシテ論セス着手以上既ニ公益ヲ害スルトモ未タ遂ケサル者」の三案が主張されたが、最後の説が容れられた。これは即ち、実行の着手が未遂の要素としてとり入れられたことを意味する。^④第三四条は、次のような規定となり、既遂より軽く処罰されることとなった。

重罪輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂サル者ハ未遂犯罪ト為ス

「犯サントシテ遂サル」という基本的な規定のスタイルは、その後の立法作業においても引き継がれた。

日本帝国刑法初案に続き、ボアソナードを含んだ刑法編纂委員も加わって編纂された日本帝国刑法草案は、初案と異なり、未遂の定義を示す形式をとらなかったものの、罪を犯そうという決定、設備の段階を設けて特別な規定のある場合に処罰する旨を規定し、さらに未終了未遂と終了未遂とを区分した上で、自己の意思により中止しない場合のみを未遂犯として処罰し、終了以前の障碍未遂と終了以後のそれとに刑の輕重の差を付ける規定形式を採った。^⑤ボアソナードによる注解においては、罪を犯そうとする当初の意思からそれを遂げるまでの段階が、次のように説明されている。^⑥

① 罪ヲ犯サントスルノ思想、② 罪ヲ犯サントスルノ意、③ 罪ヲ犯サントスルノ決心、④ 犯罪予備ノ所為、⑤ 犯罪ニ着手スル事、⑥ 罪ヲ犯シテ遂ケサル事、⑦ 犯罪ノ遂ケタルモノ。ボアソナードは、①の思想の段階においては、社会にとっても危険でなく、道徳を害するともいえないとするが、②の段階に至れば精神がその

思想を制することができなくなっており、罪があると解することができる。しかし、未だ社会に損害を与えておらず、未来に危難が生じ得るとしてもそれが想像に過ぎない場合には、これを法律をもって罰することはできないとする。③の決心の段階に至ると、未来の危難はより大きなものであるとし、処罰の例として国の治安を妨害する陰謀を挙げる。④の段階は、罪を犯そうという決心が改められないのみならず、それが外部的に現れた所為がある場合であり、社会に実害がなかったとしても、その目的とする処がある故に社会が危険にさらされるとする。⁽⁷⁾⑤⑥の段階では、犯罪全部を遂げたのと接近するため、処罰は肯定されるが、「正理ニヨリ」既遂より軽く処される。

ボアソナードの注解に明らかなように、行為に先行して思想、意思、決心という主観的要素があるとの理解が示されている。しかし、行為者の意欲は道徳的に悪だと言えとしても、社会的な害悪はなく、危険もないとして、不能犯の不処罰を唱えていることから看取されるように、ボアソナードは、未遂犯の処罰に危険の発生を必要と考えたのである。右の注解においては触れられていないが、ボアソナードの講義並びにその起草した草案においては、未遂と既遂との段階的区別のみならず、未終了未遂、終了未遂の区別も存在した。このように、ボアソナードは、当時フランスに通用していた一八一〇年刑法典と異なり、犯罪の発展段階を区分し、未遂の刑を既遂に比して軽く処罰すべきことを主張した。⁽⁸⁾旧刑法は、「未遂犯罪」の章に、未遂に先立つ予備、陰謀を規定し、それに続いて未遂を規定した。また、自己の意思とは無関係な事情により結果が発生しなかった障碍未遂のみを可罰的な未遂としたり、その刑を既遂犯に比して一等又は二等減輕することを定めたのである。⁽⁹⁾日本の近代未遂論の最初期におけるボアソナードの影響は、決して僅かなものではない。⁽¹⁰⁾

しかし、旧刑法施行直後から行われた現行刑法への改正作業において、フランス刑法に倣った規定形式は排され、

一九〇一（明治三四）年まで作業が進められた「刑法改正案（二編三〇八条）^①」において、未遂犯の一般的規定につき、「犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサル」という規定形式が採られた。^② 犯罪の実行に着手した後、意外の障礙若しくは舛錯によって結果が発生しなかったもののみを未遂犯とするのではなく、一旦犯罪の実行に着手した後はその結果不発生の事由の如何を問わず、すべて未遂犯とすべきであるとされたからである。それと共に、着手未遂、欠効未遂の区別も認められなくなった。さらに未遂犯の処罰は必要的に減輕されるのではなく、裁量的減輕とされた。^③ 未遂犯は既遂犯に比べてその危害が軽いものも少なくないが、犯情を見ると必ずしも恕すべきでないものもあるとされたのである。

未遂犯規定をめぐる立法作業の争点は、その後、減輕を必要的なものとするか、任意的なものにとどめるかに移り、社会に害を及ぼそうとした行為者の意思の点から見て、たまたま結果の一部が生じないからといって罪が軽いとは言えないとする富井政章の意見と、犯罪の構成要件たる事実が完備し、かつ到来したすべての状態を指す既遂と犯罪発生に関する希望の部分的発現に過ぎない未遂について、同様に刑を量定することはできないとする花井卓藏の意見とが真っ向から対立したが、最終的には任意的減輕の規定に落ち着いた。^{④⑤}

（１） 野村稔・未遂犯の研究（一九八四年）九七頁以下参照。

（２） 訳文は、塙浩「バンベルク刑事裁判令（バンベルゲンシス）」、同『フランス・ドイツ刑事法史』（一九九二年）三〇九頁以下、同「カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」、同「フランス・ドイツ刑事法史」二二〇頁参照。

（３） 一八七五（明治八）年九月、司法卿大木喬任は、四等出仕鶴田皓を纂集長に任命し、刑法の草案の起案を進めることになった。草案の起草にあたったのは、日本人委員だけであったが、ボアソナードによる仏国刑法講義が併せて開始され、その講義や助言を受けながら日本帝国刑法初案が作成された。草案は、一八七六（明治九）年四月二五日、司法省から正院に上程され、同年五月一七日に「改正刑法名例案」として元老院の議定に付されたが、不完全であるとの理由で未審議のまま返還された（吉

井蒼生夫、藤田正、新倉修編『日本立法資料全集 8 刑法草案按注解上』（一九九二年）四頁以下。

一八七六年五月、日本刑法草案の起草は、各章節ごとにポアソナードが起草した草案を基礎に行つた質疑、討論をもとに修正、増補を加えるという形で作業が進められた。

（4） 野村・前掲五一頁。

（5） 一八七六（明治一〇）年の日本刑法草案確定稿の未遂犯に関する規定は、以下のとおりである。

第二百二十四條 一人又ハ数人罪ヲ犯サン「」ヲ謀ルト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ掲クルニ非サレハ其刑ヲ科セス

第二百二十五條 重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ未タ遂ケサルノ際本犯意外ノ障礙ニ因リ之ヲ中止シタル時ハ已ニ行テ事ヲ遂ケタル者ノ刑ニ二等又ハ三等ヲ減ス

第二百二十六條 重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所為ヲ尽スト雖モ事後意外ノ舛錯ニ因リ其目的ヲ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

（6） 吉井、藤田、新倉編『日本立法資料全集 8』三五〇頁以下。

（7） 尤も、予備が処罰されるのは、国家の安全に対する重軽罪のみであるとされる。

（8） 末道・フランス刑法における未遂論（一九九八年）五四頁以下。

（9） 旧刑法は、以下のように日本刑法草案第一二五条及び第一二六条の内容を合わせて規定した。

第一百一條 罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其予備ヲ為スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セス

第一百十二條 罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ二等又ハ二等ヲ減ス

第一百十三條 重罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ前條ノ例ニ照シテ処断ス

軽罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ本條別ニ記載スルニ非サレハ前條ノ例ニ照シテ処断スルコトヲ得ス

違警罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ其罪ヲ論セス

（10） 旧刑法に対するポアソナードの影響については、小野清一郎・刑罰の本質について・その他（一九五五年）四四九頁。

また、中野正剛・明治時代の未遂論について（二〇〇一年）九頁以下も参照。

（11） 旧刑法施行直後より、改正の必要性が指摘され、司法省において改正作業に着手した。ポアソナードが起草した旧刑法

の改正案は、一八八五（明治一八）年に脱稿し、その修正案及び複数の改正案をも参酌して、一八九〇（明治二三）年に「刑法改正案」（四編四一四条）が作成され、翌年の第一回帝国会議に提出された（明治二四年草案）（倉富勇三郎ほか編・松尾浩也増補解題・刑法沿革総覧（一九九〇年）二二六頁）。この草案は、審議未了で可決されなかった（同・一六〇頁）。そこで、司法省では、翌年刑法改正審査会を設け、さらなる刑法改正作業を命じたのである。一八九五（明治二八）年に脱稿した刑法改正案について、翌年、司法大臣は、大審院・大審院検事局・控訴院・控訴院検事局・地方裁判所・地方裁判所検事局に意見の具申を訓令、その翌年の一八九七（明治三〇）年には、弁護士会に意見を諮問した（日本弁護士協会は、一九〇一（明治三四）年に刑法改正反対を決議、他方、東京弁護士会会員七七名は連署で「刑法改正賛成意見書」を発表した）。一八九九年、刑法改正作業は、法典調査会第三部に引き継がれ、その審議を経た改正案が、一九〇一（明治三四）年、第一五回帝国議会議に提出された（明治三四年草案）（同・二四一頁以下）。しかし、この草案もまた、審議未了のまま、成立しなかった（同・四三四頁）。

（12） 吉井、藤田、新倉編・日本立法資料全集20五二〇頁。

（13） これに伴い、中止未遂の効果も刑の「減免」にとどめられた。

（14） 第二三回貴衆両院協議会會議録（倉富ほか編・二〇八四頁以下）。

（15） 倉富ほか編・二一〇七頁。

2 諸外国の未遂規定

以下では、特に日本の立法に影響を与えた外国の立法を概観しておこう。まず、日本の旧刑法に影響を及ぼしたフランスの未遂規定の変遷を見よう。不能犯を原則として処罰し、実行の着手の基準が行為者の表象に依拠するという意味で明確な主観主義的傾向を表しているドイツ刑法の未遂規定とは規定形式が異なるものの、未遂が既遂と同一の刑を科されていることに加えて、伝統的に故意がその本質的地位を占めることから、フランスの未遂論もまた主観主義的色彩が強いと評されている。現行刑法たる一九九二年の刑法典（一九九四年施行）は、以下のよう⁽³⁾に定めている。

第二二—四条 一、犯罪行為を犯した者、二、重罪又は法律に定められている場合において軽罪を実行しよう

とした者は、犯罪の行為者である。

第二二—二五条 未遂は、実行の着手により表明され、専ら行為者の意思とは無関係な事情によって中断され、又は結果が発生しなかった場合に成立する。

未遂犯は、既遂犯と同じく処罰される行為者として位置づけられることから判明するように、フランス刑法典上、未遂は、特別な犯罪の現象形式と捉えられるのではなく、むしろ既遂犯と同じく一般的な犯罪形式であることがまず確認されなければならない。⁽⁴⁾ 未遂と、既遂とを決する実行行為及び犯罪の結果は、客観的構成要件要素とほぼ同義の、犯罪の客観的要素（*élément matériel*）のカテゴリに整理されているが、注意すべきであるのは、日本とは異なり、フランス刑法上、客観的構成要件の充足に、既遂は不可欠でなく、可罰的な未遂の境界が越えられた途端に犯罪の客観的要素が満たされ、未遂犯、犯罪行為者として処罰されることである。

「実行の着手（*commencement d'exécution*）」が文言に盛り込まれてはいるが、予備と未遂との境界がそれにより客観的に画されているわけではなく、むしろその解釈は判例及び学説に委ねられている。実行の着手に関しては、行為の客観的な結果発生可能性に着目して判断する客観説と、行為者の意思に着目する主観説とを折衷し、犯罪の意思と時間的場所的連関を基準として判断する折衷説が支配的である。⁽⁵⁾

これに対して、不能犯を処罰せず、未遂の概念を主観的要素を用いずに記述するイタリア刑法典は、実態においても客観的と評価されている。⁽⁸⁾ 同刑法は、未遂につき、以下のように簡潔に規定する。

第五六条第一項 明確な方法で、重罪を犯すことを目指すのに適した行為を行った者は、行為が実行に至らなかった場合或いは結果が発生しなかった場合には、重罪の未遂として責任を問われる。⁽⁹⁾

イタリア刑法典における可罰的な未遂の概念は、文言上実行行為の結果発生可能性ないし適性を基準として構成

されており、行為者の表象が基準とされていない。まずこの点でこれを客観的と評することができよう。可罰的未遂は、結果を発生する危険性があつたにも拘らず、実際に結果が生じなかつた場合であり、未遂と既遂の故意は同じ内容をもつのである。⁽¹⁰⁾ 結果発生可能性ないし危険性の判断は、具体的な蓋然性を基準として、事前の観点から行われるが、規定上不能犯の原則的不処罰に加え、未遂の刑が既遂に比べて必要的に減輕されることに照らして、イタリヤ刑法典を前提にすると、未遂の可罰性を論定するに際して、行為無価値より結果無価値が重視されていると言える。

他方、ドイツ刑法典は、未遂犯につき、比較的詳細な概念規定を行っている。特に現行刑法典の制定過程を通じて、その主観的要素の記述に変遷が見られる。⁽¹²⁾⁽¹³⁾ そこで、まず、草案諸規定を概観しよう。

現行刑法制定にも多大な影響を与えた一八五一年プロイセン刑法典第三十一条は、現行フランス刑法典と同様に、「実行の着手を含んだ行為により表明され、行為者の意思とは無関係な外部的事情により妨げられ或いは結果が生じなかつた場合に限り未遂は処罰される」と規定している。未遂の概念規定自体に主観的要素の記述をもたず、未遂は、実行の着手を含んだ行為により外部的に表明されることが必要とされる。かかる規定は、客観説を採用したものと解されている。

プロイセン刑法典の未遂犯規定は、その後、北ドイツ連邦刑法典の編纂作業にも継承された。一八六九年北ドイツ連邦刑法第一草案第三十七条は、「可罰的未遂とは、重罪又は軽罪を犯す故意が実行の着手を含む故意により表明され、かつ、重罪又は軽罪の既遂がただ外部的な、行為者の意思とは無関係な事情により妨げられ或いはその結果が発生しなかつたに過ぎない場合である」として、未遂の概念を、「故意」を用いて規定した。続く第二草案では、若干の修正の結果、「重罪又は軽罪を犯す決意を、その実行の着手を含む行為により行つた者は、その意図した重

罪又は軽罪が既遂に至らなかった場合、未遂犯として処罰される」との規定が採用され、未遂の概念規定と中止未遂の要件及び効果に関する規定とが区分して定められた。⁽¹⁴⁾さらに審議を経た後、一八七〇年二月一四日に議会に提出された第三草案の第四条は、以下のように修正された。⁽¹⁵⁾

重罪又は軽罪の実行の着手を含む行為によって、この重罪又は軽罪を犯す決意を示した者は、意図した重罪又は軽罪が既遂に至らなかったときは、未遂としてこれを罰する。この規定が一八七一年ドイツライヒ刑法典へ継承された。

現行刑法典への改正作業が始まったのは、ライヒ刑法典の施行から約一〇年後のことであり、二〇世紀への移行期を跨いで、刑法改正の作業が続けられた。一九〇九年予備草案は、「重罪若しくは故意の軽罪の実行を開始した者は、それが既遂に達していない場合には、未遂として処罰される」と規定し、犯罪を犯す決意という文言を落とした。⁽¹⁶⁾一九一一年の対案第二五条も基本的にこれを踏襲している。

ところが、カール、リスト、リリエントール、ゴルトシュミットらによる一九一三年草案には、新派刑法学の影響が色濃く反映され、この時期以降、未遂規定中に行為者の主観的要素が、再度明確に看取されるようになる。一九一三年予備草案第二九条及び一九一九年草案第二三条は、未遂犯の可罰性につき、「可罰的行為を犯そうという故意を、犯行を実行すべき行為をもって表した者は、犯行が既遂に達しない場合には未遂として処罰される」と規定する。⁽¹⁷⁾

さらに主観主義的傾向を強めたのがその後の草案である。一九二二年及び一九二五年草案は、未遂犯につき必要的な減輕を規定するそれ以前の草案とは異なり、その効果を任意的減輕にとどめ、未遂犯について、「可罰的行為を犯そうという決意を、その表象に従えば実行の着手を構成する行為によって示した者は未遂犯として処罰する」

と規定した。⁽¹⁸⁾ 実行の着手という文言を用いてはいるものの、それが行為者の表象にかからしめられているため、行為者が犯罪の結果を発生し得ると考えた行為が犯罪の実行に該当することになる。それ故、不能犯の原則的処罰の方向性を一層明確に示すものであった。⁽¹⁹⁾

改正作業は、第二次大戦により中断したが、戦後、改正作業は再開された。特に重要な草案として著名なのが、一九六二年草案及び六六年の対案である。⁽²⁰⁾

一九六二年草案は、第二六条において、行為を完成しようという故意を、実行の着手を構成し、或いはその者の行為状況についての表象に従えば構成するのである行為によって示したが、既遂に至らなかった者は、未遂犯を犯したものである。

第二項において、

実行の着手を構成するのは、それにより、行為者が構成要件の実現を開始し、又は直接そうしようとする行為である。

と規定し、故意が既遂に向けられていることを示しつつ、実行の着手時期を構成要件に該当する行為のみならず、それ以前の行為にまで拡張した。⁽²¹⁾

これに対して、一九六六年草案は、第二四条に未遂の概念規定を、次のように記述する。

その行為計画に従い、行為の実現を直接に開始した者は、その行為の未遂を犯したものである。

一九六六年草案の理由書は、一九六二年草案第二六条第一項の規定が煩瑣であり、行為事情に関する行為者の表象によれば、実行の着手をなすはずであったということは、行為計画により、既に表現されており、あえて行為者表象に言及する必要はないと批判する。理由書は、さらに、構成要件実現のために直接に着手することが、未遂に

とって最低限必要であることも明言している。⁽²²⁾

一九六九年、第二次刑法改正法により、未遂の概念規定において従来用いられていた「実行の着手」という語を用いず、第二二条は、以下のように未遂を規定した。

行為についての自らの表象に従い、構成要件の実現しようと直接に開始した者は犯罪行為の未遂を行ったものである。⁽²³⁾

（未完）

（１） フランス刑法典、イタリア刑法典同様、スペイン刑法典、オランダ刑法典等は、以下のように比較的客観的な未遂概念を採用している。これらの規定にベルギー刑法典をも加えて、シュベルトは、リベラルな規定と位置づけている（Katrin Schubert, *Der Versuch-Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*, 2005, S.98 ff.）。

スペイン刑法典第一六条第一項 未遂は、行為者が、外部的な行為によって犯行の実行を直接開始し、及び客観的に結果を惹起し得る行為のすべて又はその一部を行ったが、行為者の意思とは無関係な事情により結果が発生しなかった場合に存在する。

（in deutscher Übersetzung: Versuch liegt vor, wenn der Täter durch äußere Handlungen unmittelbar mit der Ausführung der Straftat beginnt und alle oder einen Teil der Handlungen vornimmt, die objektiv den Erfolg herbeiführen würden, dieser jedoch aus Gründen, die vom Willen des Täters unabhängig sind, nicht eintritt. Übersetzung von Markus Hoffmann, *Das spanische Strafgesetzbuch*, 2002.)

オランダ刑法典第四五条第一項 重罪の未遂は、行為者の試みが実行の開始により明らかにした場合に処罰される。

（in deutscher Übersetzung: Der Versuch eines Verbrechens ist strafbar, wenn sich das Vorhaben des Täters durch einen Beginn der Ausführung offenbart ist. Vgl. Schubert, a. O., Anhang, S.296.）

ベルギー刑法典第五一条 可罰的な未遂は、重罪又は軽罪の未遂を犯そうとする決意が、これら重罪又は軽罪の実行の着手を含む外部的な行為によって表され、ただ行為者の意思とは無関係な事情によって既遂に達せず、若しくはその効果が生じなかった場合にのみ存在する。

また、スペイン、オランダ及びベルギーの刑法上、未遂の刑は既遂の刑より減輕される。

他方、既遂結果発生の際に言及する規定として、スウェーデンの刑法典がある。

スウェーデン刑法典第三章第一条 何人も特定の行為を開始し、その既遂に達しなかったならば、行為がその犯行の既遂に達し得る危険が存在し、或いは、かかる危険がただ偶然的な事情により排除されたに過ぎない限り、特別に規定されている場合において、未遂のかどで有罪とされなければならない。

(in deutscher Übersetzung: Hat jemand die Ausführung einer bestimmten Straftat begonnen, ohne daß diese zur Vollendung gelangt ist, so ist er in den Fällen, in denen dies besonders geregelt ist, wegen Versuchs der Straftat zu verurteilen, sofern die Gefahr bestanden hat, daß die Handlung zur Vollendung der Straftat führen würde, oder eine solche Gefahr nur aufgrund zufälliger Umstände ausgeschlossen war. Übersetzung von Karin Cornils, Nils Jereborg, Das schwedische Kriminalgesetzbuch, 2000.)

ドイツ刑法及び日本の改正刑法仮案に影響を受けた韓国刑法典は、第二五条において、未遂犯を規定する。未遂犯の刑は、既遂犯の刑を裁量的に減輕することができると規定される。

韓国刑法典第二五条第一項 犯罪の実行に着手して、行為を終了できず、又は結果が発生しなかったときは、未遂犯として処罰する。

また、以下のように、日本の刑法にはない不能犯に関する規定もある。

第二十七条 実行の手段又は対象の錯誤により結果の発生が不可能であっても、危険性があるときは、処罰する。ただし、刑を減輕又は免除することができる。

日本語訳は、法務総合研究所研究部資料四二「大韓民国の刑法、刑事訴訟法及び保護観察等に関する法律等」(一九九七年)による。

(2) 末道・前掲一一頁。

(3) かかる規定は、一八一〇年のナポレオン刑法典にその淵源をたどることができる。一八一〇年ナポレオン刑法典第二条は、「実行の着手を含んだ外部的行為によって表明された重罪の未遂は、偶然的或いは行為者の意思とは無関係な事情によって中止され、或いは結果が発生しなかったに過ぎない場合、重罪とみなされる」と規定していた。フランス現行刑法典へ至る改正過程については、末道・前掲六三頁以下。

(4) Mathias Brockhaus, Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich, 2006, S.31.

(5) フランス犯罪論体系においては、犯罪構成要素は、法律的要素 (élément legal) 、客観的要素 (élément matériel) 、

主観的要素 (élément moral) が区分されている。末道「フランス犯罪論体系の素描」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集刑法理論の現代的展開第二卷』(二〇〇〇年) 一五三頁。

(9) Roger Merle, André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, 7e éd., 1997, Rn. 497; Alain Prohais, *Tentative et Attentat*, 1985, Rn. 57. ただし、末道・前掲一〇三頁は、折衷説の主唱者ガローは、行為の客観面より主観面に重点を置いていたと述べている。

(一) イタリア刑法典第四九条 可罰的でない行為を処罰されると誤信して行った者は不処罰である。

第一項 可罰性はまた、行為の不可能性若しくは行為客体の不存在ゆえに、侵害若しくは危殆化の結果が不可能な場合にも排除される。

(in deutscher Übersetzung: Straftos ist, wer eine Tat, die keine strafbare Handlung ist, in der irrümlichen Annahme begeht, dass sie strafbare sei.

1. Die Strafbarkeit ist auch dann ausgeschlossen, wenn infolge der Untauglichkeit der Handlung oder des Fehlens des Handlungsgegenstandes der schädigende oder gefährliche Erfolge unmöglich ist. Vgl. Schubert, a. a. O., Anhang, S.294.)

(8) イタリア刑法典における末遂及び中止末遂論について、Gabriele Fornasari, Die Regelung des Versuchs und des Rücktritts vom Versuch im deutschen und italienischen Strafrecht, Carsten Momsen, René Bloy und Peter Rackow (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung*, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, 2003, S.49 ff.

(9) in deutscher Übersetzung: Wer geeignete Handlungen ausführt, die in eindeutiger Weise auf die Begehung eines Verbrechens abzielen, ist für den Versuch des Verbrechens verantwortlich, wenn die Tat nicht zur Ausführung gelangt oder der Erfolg nicht eintritt. Vgl. Schubert, a. a. O., Anhang, S.295.

(10) Fornasari, a. a. O., S.56.

(11) Fornasari, a. a. O., S.51.

(12) 同様に、犯行の「決意」を含む条文をもつのは、ルクセンブルク、ポーランド及びオーストリアの各刑法典である。ルクセンブルク刑法典第五一条 重罪又は軽罪を犯す決意が、かかる重罪又は軽罪の実行の着手を含む外部的行為によって表され、ただ行為者の意思と無関係な事情により既遂に至らず、或いはその効果を生じなかったとき、可罰的末遂が存在する。

(in deutscher Übersetzung: Strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen,

durch äußere Handlungen in Erscheinung getreten ist, die einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten und nur infolge von Umständen, die von dem Willen des Täters unabhängig waren, nicht zur Vollendung gelangt sind oder ihre Wirkung verfehlt haben. Vgl. Schubert, a. a. O., Anhang, S.296.)

ポーランド刑法典第一二三条第一項 禁じられた行為を犯す故意をもってその行為を直接既遂へ向けたが、これを遂げなかった者は未遂として処罰される。

(in deutscher Übersetzung: Wegen Versuchs ist strafbar, wer mit dem Vorsatz der Begehung einer verbotenen Tat sein Verhalten unmittelbar auf deren Vollendung richtet, diese jedoch unterbleibt. Vgl. Ewa Weigend, Das polnische Strafrecht, 1998.)

オーストリア刑法典第二五条第三項 行為は、行為者がそれを実行しようと、若しくは他人をしてそれを決定せよという決意を、実行に直接先行する行為によつて行つた時点で即座に未遂となる。

これに対して、行為の目的を意味する記述を含むのが、デニマーク刑法典である。

デニマーク刑法典第四章第二二条第一項 犯行の実行を促進し、或いは結果を発生せしめようとした行為は、犯行が既遂に達しないとき、未遂として処罰される。

(in deutscher Übersetzung: Handlungen, die darauf abzielen, die Ausführung einer Straftat zu fördern oder zu bewirken, werden, wenn die Straftat nicht zur Vollendung gelangt, als Versuch bestraft. Vgl. Karin Cornils, Vegan Freve, Das dänische Strafrecht, 2001.)

(13) 未遂規定中の「行為の表象」に関する立法作業の変遷を考察するものとして、Thomas Hillenkamp, Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S.689 ff.

(14) 北ドイツ連邦刑法典における未遂及び中止未遂規定の変遷過程について、拙著・中止未遂の本質 (二〇〇六年) 四九頁以下も参照。

(15) Werner Schubert (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch für den Norddeutschen Bund Entwurf vom 14. 2. 1870, 1992, S.5.

(16) Vorentwurf zu einem deutschen Strafrechtsgesetzbuch nebst Begründung, 1909, S.206.

(17) 一九一九年草案も、基本的に同様に規定する。Entwürfe zu einem Deutschen Strafrechtsgesetzbuch Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs=Justizministeriums, 1920.

(18) その後、一九二七年草案は、必要的減輕の規定を再度採用した。

(19) 草案自体がそれを目指つた。Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, S.23.

- (20) 一九五三年、当時の連邦司法大臣ディーラーが刑法の大改正に着手することを決意し、ドイツの指導的刑法学者の参考意見を提出させた。また、同時期に、フライブルク大学の外国及び国際刑法研究所において、比較法的研究を行わせた。刑法学者、司法省委員及び実務家から構成された刑法大委員会は、一九五八年一〇月二三日に草案の第一読会を終了し、一九五九年六月一日に第二読会を終了し、一九六〇年、第一全草案が連邦議会に提出された (Materialien zur Strafrechtsreform I. Bd., 1954)。一九六〇年、連邦政府の法律案として確定した草案は、一〇月に連邦参議院に送付されたものの、会期終了が切迫しており、同院は意見表明を留保した。この間、一九五六年総則草案、一九五九年草案、一九六〇年草案が印刷、公表された (翻訳として、斎藤金作「一九五六年ドイツ刑法総則草案」早稲田大学比較法研究所紀要三号(一九五八年)、「一九五六年ドイツ刑法総則草案理由書(上)・(下)」(同四、五号)(一九五九年)、「一九五九年ドイツ刑法各則草案(同二三号)(一九六〇年)」、「一九六〇年ドイツ刑法草案」(同二八号)(一九六一年))。連邦政府は、一九六二年になって、一九六〇年草案を基礎に若干の修正を加えた草案を、理由書と共に連邦参議院に送付した。同院は、大部分の点につき異議を提起しなかったので、政府は、同年一〇月四日、これを連邦議会へ提出した。これが一九六二年草案である (Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E) 1962. 翻訳として、法務省刑事局「一九六二年ドイツ刑法草案」刑事基本法令改正資料第二号(一九六六年))。これに対して、一九六二年草案に反対する立場から、ドイツ及びスイスの刑法学者からなるいわゆる「対案グループ」が、一九六六年に総則の対案を公刊し (Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil (AE) 1966. 翻訳として、法務省刑事局「一九六六年ドイツ刑法総則対案」刑事基本法令改正資料二二号(一九六八年))、一九六八年に、各則のうち「政治刑法」、「性犯罪」、「人身に対する罪」に関する部分を相次いで発表した。
- (21) 理由書は、かかる規定により、実行の着手概念が明確になり、判例上予備行為の領域まで拡大されていた可罰的な領域が縮減するところ (E 1962, BT Drucksache V/4095 S.11)。
- (22) 確かに、同草案は、未遂の必要的減輕も規定する。
- (23) BGBI. I 717. 一九七五年に施行されて以来、未遂規定に関しては変更が加えられていない。